

לבעית "שיקול הדעת השיפוטי" במקרי-גבול

מאת

ד"ר עמוס שפירא

In law some situations call for the product of hands,
not of machines, for they involve not repetition... but
unique events.

Roscoe Pound

בהרצאתו על "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט"¹ מביא שופט בית המשפט העליון מר משה לנדוי את מושגי היסוד של הלכה (rule) ושיקול דעת (discretion) לכלל עימות מאלף, תוך היזקקות חוזרת ונשנית – ובהקשרים שונים – למונח "שיקול דעת"². העיון בדבריו יש בו כדי להעלות מספר הרהורים באשר לשימוש הנעשה במונח זה בתחומי התהליך השיפוטי. למה, בעצם, מתכוונים אנו באומרנו שלשופט יש "שיקול דעת" בדונו בענין פלוני, במיוחד כשהמדובר הוא במקרה-גבול (borderline case) או במצב חדש (novel situation)? האם אומנם מוסמך הוא, במקרים כאלה, לפסוק הלכה באורח עצמאי וחופשי לחלוטין, בהינתן יש מאין? ואם לא כך, מהו בכל זאת המבדיל מקרים אלו מהמקרים לגביהם נוהגים אנו לכפור בקיומו של "שיקול דעת שיפוטי"? להלן נשתדל להשיב על שאלות אלו, אך לפני כן מן הראוי שנעמוד על בעיה כרוכה: האם קיימת, מושגית, תשובה נכונה אחת – ורק אחת – לכל שאלה שיפוטית שהיא, תהא סבוכה ומעורפלת ככל שתהא?³

1 פורסמה במשפטים, כרך א', עמ' 292.

2 למשל, בעמ' 292: "שני קטבים הם במשפט: הלכה ושיקול דעת, וביניהם מתח מתמיד וזרימה בלתי פוסקת"; "...דורש הצדק הצרוף ששיקול דעתו של השופט יהא חופשי, ללא כבלים, כדי שיוכל למצוא את הפתרון הנכון לסכסוך שבפניו..."; בעמ' 293: "שיקול הדעת הוא התחום המיוחד לשופטים והוא משמש להם כמכשיר לפרשנות החוק החרת וגם ליצירה עצמאית של הלכות שופטים..."; "ענין הבא בפני בית המשפט, ואין הלכה ברורה החלה עליו, מצריך את הפעלת שיקול דעתו של השופט". בעמ' 297: "ככל שמתרחב תחום החוק החרת... מצטמצם השטח הפתוח להפעלת שקול דעתו של השופט בדרך החקיקה השיפוטית העצמאית". בעמ' 298: "ישנם ענפי משפט שמטבעם דורשים הלכה קבועה ומוגדרת ויש מהם הדורשים שיקול דעת יותר רחב". בעמ' 299: "המגמה השלטת כיום בפסיקה בענפים חשובים של המשפט הישראלי היא ללא ספק ליתר שקול דעת". בעמ' 300: "שטח אחר בו ניכרת התפתחות מהלכה נוקשה אל שיקול דעת חופשי...".

3 מקצת הרהורים שיעלו להלן נדונו בסמינר בתורת המשפט שנערך בשנים 1965–1968 בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת Yale ושנו נטל חלק מחבר רשימה זו.

א. מושכל ראשון: לכל שאלה שיפוטית רק תשובה נכונה אחת

בהקשרים רבים, לאודווקא משפטיים, נוהגים להבחין בין בעיות שאין כל אפשרות מושגית לדבר על תשובה "נכונה" או "מוטעית" להן לבין בעיות שאת התשובה להן ניתן, ואף צריך, להגדיר במונחים של "נכון" או "מוטעה". דוגמה פשוטה לבעיות מהסוג הראשון היא השאלה אם יש להשתמש בעט כדורי או בעט נובע לצורכי כתיבה. זוהי שאלה מובהקת של נטייה, תחושה, תגובה או טעם אישיים, של יחס סובייקטיבי בין אדם פלוני לבין מצב פלמוני. גם מנקודת ראותו של פלוני, הכוחר בעט כדורי, אין לאמר שאלמוני, המצדד בעט נובע, בהכרח "טועה". בחירתו של פלוני היא בחירה אישית-סובייקטיבית ואין לה ולבחירתו השונה של אלמוני כל מכה-משותף נורמטיבי. פלוני, בהכריזו על בחירתו האישית האמורה, מודה מכללא שגם בחירה אחרת יכולה להיות "נכונה". לעומת זאת, באומרנו שהתשובה לבעיה מסוימת היא, בהכרח, נכונה או מוטעית, אנו מניחים, במפורש או מכללא, שהבעיה בה עסקינן נתונה למרותם של סטנדרדים שאינם אישיים-סובייקטיביים אלא נורמטיביים-מחייבים. סטנדרדים אלה חלים באופן עצמאי ונפרד מהשקפותיהם או נטיותיהם האישיות של פלוני או אלמוני והם מחייבים בתוקף שיקולים מטפזיים, מוסכמות חברתיות, הסדרים נורמטיביים וכיוצא באלו. כדוננו בבעיה מהסוג האחרון אין, הגיונית, מנוס מן המסקנה שאם תשובה א' לבעיה נכונה היא אזי תשובה ב', השונה הימנה, היא בהכרח מוטעית.

הקטגוריה של בעיות שהתשובה להן ניתנת להגדרה במונחים של "נכון" ו"מוטעה" אינה עשויה מעור אחד. בתחומיה משתבצות בעיות השונות זו מזו בכל הנוגע למימדי חילוקי-הדעות ולדרגת הקושי הכרוכים בפתרון. בשדה המתמטיקה, למשל, קיימת מידה רבה של תמימות-דעים בנוגע לנוסחות, לפרוצדורות ולאופני הטיפול בבעיות. בספרות אחרת, לעומת זאת, עלולה להתעורר מחלוקת בדבר זהות אבני-הבוחן הרלבנטיות והדרך הנאותה ליישומן במקרה נתון. מחלוקת מעין זו יש בה, לעתים, כדי לטשטש את הגבולין בין שתי הקטגוריות האמורות של בעיות. כך, למשל, רבים הם הנחשפים לזהו מוטעה של בעיה שפתרונה אינו חד-והלק עם קבוצת הבעיות שמעצם טיבן אין להן תשובה "נכונה", למרות שמיקומה המושגי הראוי הוא דווקא בתחומי הקבוצה האחרת. גורל כזה נופל, לפרקים, בחלקן של בעיות שיפוטיות.

התשובה הניתנת לשאלה שיפוטית כלשהי, ותהא סבוכה ומעורפלת ככל שתהא, היא בהכרח נכונה או מוטעית. כספירת השיפוט לא ייתכנו, מבחינה מושגית, יותר מתשובה נכונה אחת לשאלה נתונה. לשון אחר: תמיד קיימת תשובה נכונה (ותשובה נכונה אחת בלבד) לשאלה אם מוטל חיוב משפטי במקרה נתון, כשם שיש (במשוער) תשובה נכונה אחת לשאלה: "כמה הם שניים ועוד שניים?" הנחה זו מתחייבת מעובדת היות המשפט מבוסס על מערכת של סטנדרדים נורמטיביים, מחייבים, כלל-חברתיים. תוכנם של סטנדרדים אלו ודרכי עיצובם ויישומם אינם ענין של "טעם וריח" אישיים, סובייקטיביים. התייחסותנו אליהם ובקורתנו אותם מעוגנות באמות-מידה נורמטיביות, בשיקולים משותפים וכלליים. סטנדרדים אלו הם המקור הבלעדי לחיובים משפטיים מכל הסוגים.

4 וזאת, במיוחד, כשהמדובר במקרה-גבול או במצב-חדש, לאמור: כאשר הכלל המשפטי הרלבנטי דו-משמעי או סתום, או כאשר שניים או יותר כללים משפטיים רלבנטיים לכאורה מתנגשים זה בזה, או כאשר אין בנמצא כלל (במובן של rule) משפטי מגובש שהוא ברי-תחולה בנסיבות.

לאורם ייקבע אם על פלוני לרצות תקופת מאסר או לשלם לאלמוני סכום כסף או לשרת בצבא. חיוב משפטי או שהוא קיים או שאיננו קיים במקרה הנדון, קשה להעלות על הדעת מצב בו נצדיק הן את הגורס והן את השולל כפיפותו של פלוני לחיוב משפטי בנסיבות נתונות. פלוני אינו יכול להיות, בעת ובעונה אחת, גם פטור וגם חייב לשלם פיצויי פיטורין לעובדו, או לתת גט לאשתו, או למסור סחורה ללקוחו. מערכת הסטנדרטים הצריכים לענין או שהיא מולידה חיוב משפטי או שאיננה עושה כן — שום דרך ביניים לא תיתכן מבחינה מושגית.

מן המפורסמות הוא כי אין בנמצא, בהקשר השיפוטי, פרוצדורה מכנית, אחידה ומוסכמת, דרכה אפשר ל"הריץ" שאלה נתונה, כבתוך מחשב אלקטרוני, עד שתתקבל התשובה הנכונה היחידה. אילו עמד לרשותנו, המשפטנים, מכניזם כזה כי אז יכולנו להניח בוודאות שאם קבלנו תשובה מוטעית במקרה פלוני, אות הוא ששגיבו היכן שהוא בהפעלת הפרוצדורה המכנית המקובלת על כולנו. אולם העדר פרוצדורה כזו אין פירושו העדר תשובה נכונה אחת לאותה שאלה נתונה. אין בו כדי לחייב, או להצדיק, התליית התשובה ביחסו הסובייקטיבי או בהשקפתו האישית של פלוני או אלמוני שהחלטתה בידיהם⁵. שומה עלינו להבחין הבחן היטב בין, מחד גיסא, הקושי הנעוץ בפתרון השאלה הנדונה והמחלוקת שהיא מעוררת לבין, מאידך גיסא, נכונותה של התשובה הניתנת לה. ודאי, ההתמודדות עם בעיות שיפוטיות כרוכה לא אחת בחילוקי דעות ומניבה לפרקים תוצאות סותרות. התופעה של פסקי-דין רוב ומיעוט, למשל, היא חזיון נפרץ בפרקטיקה של בתי המשפט שלנו. אך הסיבה לכך נעוצה באי קיומה, כאמור, של פרוצדורה מדעית מוסכמת לפתרון שאלות שיפוטיות ולא בהסתמכותן של שאלות אלו לקטגוריה של בעיות שאין להן כלל תשובה "נכונה" אחת. כששופט המיעוט טוען לקיומו של חיוב משפטי במקרה נתון הוא מניח, מטבע הדברים, ששופטי הרוב — החולקים על דעתו — שוגים, וכן להיפך. וגם מי שיבוא לבקר את פסקי-הדין לא יעלה כלל על דעתו לתאר את שתי העמדות המנוגדות גם יחד כנכונות: אם עמדת הרוב נכונה היא אזי, בהכרח, שגה המיעוט. כך גם במקרה בו סוטה בימ"ש מהלכה שנפסקה על ידו במקרה קודם, כפי שעשה לאחרונה בית המשפט העליון בבג"צ 235/68 ר' ב' נ. הרב הראשי לישראל ואח', כ"ג (1) פד"י, 462. בפרשה זו החליט ביהמ"ש, פה אחד, לנטוש את ההלכה שנקבעה על ידו, ברוב-דעות, בבג"צ 301/63 שפרייט נ. הרב הראשי לישראל ואח', י"ח (1) פד"י, 598. בענין שפרייט פסק ביהמ"ש כי מתן היתר נישואין על-ידי שני הרבנים הראשיים לישראל על-פי סעיף 5 של החוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט—1959, מוגבל אך ורק לשני המקרים המנויים בסעיפים (1)6 ו-(2)6 של החוק הנ"ל (מחלת נפש ונעדרות של בן-הזוג מהנישואין הקודמים). והנה באו השופטים זילברג, ברנזון והלוי בפרשת ר' ב' והפכו את הקערה על פיה בקובעם שמתן היתר נישואין על-ידי הרבנים

5 השקפות אלו לא היו מתקבלות על דעתם, בין היתר, של בעלי האסכולה המתקרת ריאליזם משפטי ביוריספרודנציה ואמריקאית (American Legal Realism). ראה, למשל: Frank, *Law and the Modern Mind* (1930); Frank, *Courts on Trial* (1949); Fuller, *The Law in Quest of Itself* (1940) 52-56; Lloyd, *The Idea of Law* (1964), pp. 213-7 (Penguin Books); Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective* (1963) 2nd ed., pp. 176-7; Llewellyn, "Some Realism about Realism", 44 (1931) *Harv. L. Rev.*, 1222

הראשיים על-פי סעיף 5 אינו מוגבל לשני המקרים האמורים. ההלכה האחת שללה את זכותו של הבעל לשאת אשה על אשתו בנסיבות מסוימות ולא פטרה אותו מעונשם של דיני ריבוי נישואין ואילו ההלכה האחרת הכירה בזכותו זו בנסיבות דומות. כל הגורס את הלכת ר' ב' שולל בהכרח את נכונותה של הלכת שטרייט וכן להיפך. התיחסותנו, כמב-קרים, לענין— כמו גם התיחסותם של השופטים עצמם— שונה תכלית שינוי מההתי-יחסות לזיכוח כגון זה שניטש בין חסידי העט הגובע לבין מצדדי העט הכדורי. בענינו, שלא כמו במסגרת הזיכוח האמור, צריכה התשובה להינתן על בסיס סטנדרטים מחייבים בעלי מכה-משותף נורמטיבי ולא תיתכן יותר מתשובה נכונה אחת. ברי כי אין קביעה זו, כשלעצמה, מיועדת ומסוגלת להורותנו מהי התשובה הנכונה האחת והיחידה בפרשה דנן, קרי: להכריע בין הלכת שטרייט לבין הלכת ר' ב'. ברי גם, בהסתמך על סטנדרטים אינסטיטוציונליים שהם מאבני הפינה של השיטה המשפטית שלנו, כי הלכתו המאוחרת של בית המשפט העליון היא המחייבת אותנו כעת בנדון, וזאת כנפרד משאלת נכונותה האבסולוטית.

להנחה בדבר קיומה של תשובה נכונה, ורק תשובה נכונה אחת, לכל כאלה שיפוטית יש לא רק בסיס מושגי איתן אלא גם נפקות מעשית חשובה. חזקה על שופטים (ושאר עושי החלטות שיפוטיות) הערים לה שישתדלו, כמידת יכולתם, לפעול לאורם ובמסגרתם של ההסדרים הנורמטיביים הצריכים לענין⁶. תודעה שיפוטית כזו תצמצם בהכרח, אם גם לא תבטל כליל, את המשקע של אינדיווידואליות וסובייקטיביות בתהליך השיפוט. הכרתו של השופט שעליו תמיד לחזור לפתרון הנכון היחיד דורבנו ליתר מאמץ, גם במקרי-גבול קשים או במצבים-חדשים מעוררי מחלוקת, בליבונם וביישומם של הסטנ-דרטים המשפטיים הרלבנטיים, גם כשאלו אינם הדים-וחלקים. הן ההכרעה בסכסוך קונקרטי לאורם של סטנדרטים רלבנטיים, העשויים לנבוע ממקורות שונים— לרבות חקיקה, פסיקה, מוסר ציבורי, ערכים חברתיים— ואף לנגוד זה את זה, היא תמציתה של מלאכת השיפוט. תחושה הפוכה, שבעצם אין לדבר כלל על תשובה "נכונה" אחת במקרים כאלו, עלולה לבלום כל מאמץ כזה ולהגביר את משקלן של נטיותיו או תגו-בותיו האישיות של השופט במתן ההחלטה. זאת ועוד: ההנחה לפיה יש להגדיר כל החלטה שיפוטית במונחים של "נכון" ו"מוטעה" לאורם של סטנדרטים רלבנטיים משמשת נקודת-מוצא זהה לכל אלו המבקשים לבקר את הנימוקים שמעלים שופטים כבסיס להחלטותיהם או שמציעים בעלי דין בתמיכה לתעצומותיהם. היא תוחמת למבקרים מסגרת מושגית משותפת ומספקת להם תהליכי חשיבה וכלי ניתוח מוסכמים בהערכת נפקותם, טיבם ומשקלם של נימוקים אלו בנסיבות. בהעדר נקודת-מוצא, מסגרת מושגית, תהליכי חשיבה וכלי ניתוח משותפים ומוסכמים עלול הזיכוח בין המבקרים השונים להתנהל ממשורים נפרדים זה מזה לתלוטין. זיכוח כזה, הנעדר מכה-משותף מושגי ומיתודולוגי, חזקה עליו שלא יהיה משמעותי.

להנחה האמורה השלכות חשובות גם לגבי מעמדו וחרויותו של היחיד בחברה. עיקר מעלחה של מערכת של חיובים משפטיים המעוגנים בסטנדרטים כללי-חברתיים הוא בהגנת היחיד ובהבטחת זכויותיו. מערכת כזו מיועדת להביא לידיעתו של היחיד מתי

6 היינו, בעיקר: כללים ספציפיים (rules), עקרונות (principles) וקיי-מריניות (policies) המרכיבים את השיטה המשפטית בחברה נתונה.

ובאילו תנאים כומה עליו לעשות מעשה או להמנע מעשייתו. מכאן הוא למד אלו תחומי התנהגות פטורים מעולם של חיובים משפטיים, לאמור – באלו מקרים מובטחת לו סובלנותה או אי-התערבותה של החברה. ועצם כפיפותו לחיובים משפטיים בצדק יסודה באשר אלו, כאמור, מעוגנים בסטנדרדים כלל-חברתיים, קרי: סטנדרדים שברגיל משתתף היחיד בגיבושם ומפיק תועלת מקיומם. ברי כי ההגנה הממשית המובטחת ליחיד פוחתת והולכת ככל שהשאלה אם קיים חיוב משפטי במקרה פלוני סתומה, קשה או גבולית יותר. אך לעולם – להוציא, אולי, מקרים יוצאי דופן – לא תעלם כליל. עצם הצגת הענין כשאלה שיש לה, אובייקטיבית, תשובה נכונה מקנה ליחיד מידה מסוימת של הגנה, שהרי הגוף המחליט, בטרם יכבד עולו על היחיד, חייב להשתכנע שנימוקים רלבנטיים – להבדיל מכל מיני מניעים אחרים – תומכים במסקנה שאמנם קיים חיוב משפטי בנדון. ומסקנה כזו היא הנאי-בלעדיו-אין לכל כפייה שיפוטית, שכן אל לו לבית משפט לשלוח את פלוני למאסר, או לחייבו לשלם סכום כסף לאלמוני, או לצוותו להרוס מבנה שהקים בטרם ישתכנע שחיוב משפטי בנדון אמנם קיים היה עובר למתן פסק-הדין. עקרונות יסוד של התהליך השיפוטי הנוהג אצלנו מתנים, כתנאי-בל-יעבור, כל כפייה שיפוטית בחיוב משפטי קיים. בהעדר חיוב משפטי קיים לא תיתכן כפייה שיפוטית. אין השופט (להבדיל מהמחוקק) רשאי ליצור חיובים משפטיים בהבל פיו. לעולם חייב הוא להשתית את החלטותיו על חיובים משפטיים קיימים, להבדיל מהחלטת חיובים חדשים ex post facto בבחינת יש מאין. סמכותו לחייב את פלוני לעשות מעשה או להימנע מעשייתו מותנית בכפיפותו של פלוני לחיוב משפטי שבא לעולם עוד לפני מתן פסק-הדין. השאלה אם אמנם קיים חיוב משפטי רלבנטי בנסיבות עלולה, כמובן, להיות קשה וגבולית. יכול שתעורר חילוקי דעות חריפים. ייתכן שמעולם לא נדונה על-ידי בתי המשפט לפני כן. במקרים כאלו עשויה החלטתו של השופט ליצור כלל משפטי ספציפי חדש שיאשר או ישלול את קיומו של חיוב משפטי בנסיבות. דוק: כלל משפטי ספציפי חדש יכול שיתהווה כאן, אך לא חיוב משפטי חדש. שכן עומדות בפני השופט שתי אפשרויות בלבד: אם ישתכנע בקיומו של חיוב משפטי עובר לפסק-הדין יכופ את פלוני בהתאם, ולא, כומה עליו לפוטרו מעולה של כפייה שיפוטית. מסקנתו של השופט לכאן או לכאן – ובכל מקרה-גבול או מצב-חדש עשויה היא, כאמור, ליצור כלל משפטי ספציפי חדש – הייבת כמובן להתבסס על מכלול הסטנדרטים המשפטיים הצריכים לענין. סטנדרדים אלו, כפי שכבר צויין, הם המקור הבלעדי לחיובים משפטיים.

למותר לציין שהחלטתו של בית משפט – גם של בית המשפט העליון – בדבר קיומו או אי-קיומו של חיוב משפטי במקרה פלוני איננה בהכרח התשובה הנכונה לבעיה. בית משפט איננו מוסד או תהליך המתוכנת כך שיספק לנו תשובות נכונות בלבד. במשטר הפוליטי-קונסטיטוציוני שלנו מופקדים השופטים, ושאר עושי החלטות שיפוטיות, על הכרעת שאלות בדבר חיובים משפטיים והחלטותיהם הסופיות מהיבות אותנו במנותק משאלת נכונותן האבסולוטית. טרם השכלנו לעצב מוסד או תהליך שהחלטותיו השיפוטיות הן התגלמות ה"נכון" האבסולוטי. אך תודעת קיומה של תשובה נכונה אבסולוטית מנחה ומדרבנת את השופטים, ואת מבקרי החלטותיהם, להבחין בין נימוקים תקפים ורלבנטיים (לענין קיומו או אי-קיומו של חיוב משפטי בנדון) לבין נימוקים שאינם כאלו.

ב. "שיקול דעת שיפוטי": שקילה של סטנדרדים רלבנטיים ולא פטור מעולם

נחזור עתה לענין "שיקול הדעת השיפוטי" במקרים קשים. המובן הראשוני של האמירה ש"למחליט שיקול דעת בנדון" הוא: שאין כלל משפטי ספציפי (rule) החותר במישרין ובשלמות את הדיון, המספק תשובה מדינית ודאית בנדון. יחד עם זאת, ברור כי בהיוקקנו למושג "שיקול דעת שיפוטי" אין אנו מתכוונים לבחירה חופשית, אינדיווידואלית וסובייקטיבית לחלוטין. אנו מניחים שעל המחליט לציית, בסבירות ובחום-לב, למספר עקרונות-אב בדבר שימוש נאות בשיקול דעת. לזאת, דומנו, יסכימו הכל. אך בכך לא סגי. ההנחה לפיה יש לכל שאלה שיפוטית — ותהא סבוכה ומסופקת ככל שתהא — תשובה נכונה אחת מולידה את המסקנה שלמתדיין טענות זכות לחיתוך הנכון של הדיון בכל מקרה ומקרה. זכותו זו של המתדיין מקבילה לחובתו האמורה של השופט להתלות כפייה שיפוטית בחיוב משפטי קיים. המתדיין זכאי לכך שלא יכפו עליו התנהגות מסוימת הר כגיגית אלא אם חיוב משפטי קיים אומנם דורש ממנו לנהוג כך. זכות זו אינה מתמצית בכך שהשופט מקפיד על מילוי הדרישות היסודיות של אי שרירותיות וחוסר משוא-פנים. היא מחייבת את השופט לבדוק, גם במקרה-הגבול הקשה ביותר, אם אומנם קיים בנדון חיוב משפטי, קרי: חיוב המעוגן בסטנדרדים כלל-חברתיים. השופט עלול, כמובן, לטעות בהחלטתו. אך האפשרות של טעות אין בה כדי לפגוע בעצם החובה השיפוטית האמורה.

כל הקשר משפטי אוצר בחובו, פוטנציאלית, תשלובת של סטנדרדים כלל-חברתיים העשויים ללבוש צורות שונות: כללים ספציפיים, עקרונות, קווי-מדיניות, ערכים חברתיים, ציוויים מוסריים, מושגי-יסוד פוליטיים⁸. בה במידה שסטנדרדים אלו, ודמיהם, רלבנטיים להקשר המשפטי הנדון, יש לראותם כחלק אורגני של השיטה המשפטית הנוהגת ולא כסטנדרדים הוץ-משפטיים⁹. המקרים השגרתיים והפכוסים ביותר הם

7 כר, למשל — אם לנקוט בדוגמה קיצונית — ברי לכולנו כי הטלת מטבע או הכרעת הענין לפי צבע עיניו של החובע, אינם בגדר שימוש נאות בשיקול דעת.

8 ראה: ; 29-22, 14, *U. Chi. L. Rev.* (1967) 35, Dworkin, "The Model of Rules"; 28, 795, 802, *Law & Contemp. Prob.* (1963) 28, Neuhaus, "Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Laws".

9 רבים וכן טובים נוקטים גישה יוריספרודנטלית שונה בהארם לפחות חלק מסטנדרדים כלליים וראשוניים אלו כ"מושגים וערכים שמהוץ לשטח המשפט הפורמלי", "מושגים כלליים המקור בלים בתודעת הציבור", "מושגי היסוד, גם הם לברי-משפטיים (אקסטרא-משפטיים) שעליהם מיוסדת שיטת המשפט שלנו", "אמות מידה חיצוניות", "מקורות התודעה החברתית של העם", "יסודות המשטר החוקהי הקיים במדינה", "רעיונות היסוד שעליהם מושתת המשטר החוקתי" — לגדוי, שם, בעמ' 304, 305, 306, 307. ראה גם דברי פרופ' רובינשטיין במאמרו "שלטון החוק: התפישה הפורמלית והמהותית", הפדקליט, כרך כ"ב, 453, בעמ' 462: "...שלטון החוק אין לו משמעות ללא הנחות יסוד העומדות מעל לשיטה המשפטית הנוהגת... תפקידו של המשפטן... הוא ליישם את העקרון העל-משפטי ולהפעילו...". מקורן של אמירות אלו בתפישה לפיה רק כללים שכבר גובשו או הוצהרו באורח קונקרטי על-ידי מוסדות המשפט הפורמליים הם בגדר המשפט הנוהג ("the law"). נראה כי תפישה זו, המזהה את המשפט הנוהג עם מערכת של כללים פורמליים ספציפיים, מושפעת מהשימוש שעושה השפה האנגלית באותה מילה עצמה לציון המשפט הנוהג ("the law") מחד גיסא וכלל ספציפי ("a law") מאידך, וזאת להבדיל, למשל, מהצרפתית (המכחינה בין "droit" לבין "loi")

לבעית "שיקול הדעת השיפוטי" במקרי-גבול

אלו הנתפשים במישור ברשתו של כלל ספציפי מגובש וברור, הטבוע במעשה חקיקה או בהלכה שיפוטית¹⁰. כאשר אין המקרה הגידון נשלט בברור על-ידי כלל ספציפי – כגון: כאשר הכלל הרלבנטי משתמע לשתי פנים, או סתום, או מתנגש עם כלל רלבנטי (לכאורה) אחר – הופכת מלאכת השיפוט להיות מורכבת יותר. ההתחקות אחר קיומו, או העדרו, של חיוב משפטי היא מסובכת ובעייתית במיוחד במצב של "no rule", היינו – כאשר אין כלל ספציפי החל בנסיבות המהוות מקרה-גבול או מצב-חדש. במקרים כאלו ייקרא השופט, לעתים, לעצב כלל ספציפי חדש, וזאת יעשה על בסיס סטנדרטים משפטיים¹¹ רחבים וכלליים יותר הרלבנטים בהקשר הנדון – ובמיוחד: עקרונות¹² וקיי-מדיניות¹³. ככל שהמקרה חדש או גבולי יותר יצטרך השופט, המבקש

והגרמנית (המבחינה בין "Recht" לבין "Gesetz"). השווה רובינשטיין, שם, בעמ' 453 הערת-שוליים 1: "שלטון החוק הוא תרגום בלתי מוצלח של Rule of Law. חוק' מוגדר בסע' 1 לפקודת הפרשנות כ'דבר חקיקה של הכנסת', וכך גם משמעותו הרגילה. למעשה היינו חייבים לדבר על 'שלטון הדין' או על 'שלטון המשפט'...". יש הסוברים כי התפישה האמורה נובעת מהחינוך המשפטי המסורתי המתרכז כמעט בלעדית בשינונם של כללים ספציפיים. ראה Dworkin, שם, בעמ' 39, Lon Fuller, שם, בעמ' 136, מייחסה להשפעת אסכולת הפוזיטיביזם וקובע כי: "This whole 'extra-legal' body of moral precepts is to a large extent a creature compounded of... philosophic imagination... those rules of morality which have enough teeth in them to act as serious deterrents ...far from being 'extra-legal' they are intimately and organically connected with the functioning of the legal order". ואולם לא זה המקום לנתח בהרחבה סוגייה יוריס-פרודנטלית נכבדה זו.

10 לדוגמה: מקרה בו נדונה שאלת תקפותה של ציוואה שנחתמה במעמד עד אחד בלבד, בעוד שהחקיקה הרלבנטית דורש שתחתם במעמד שלושה עדים לפחות.

11 "משפטיים" משמע – המהווים חלק אינטגרלי של השיטה המשפטית.

Cf. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1953), pp. 65-57.

12 לדוגמה: מקרה בו מוצא נכד שרצח את סבו מכלל יורשי-על-ציוואה על יסוד העקרון שאין לאפשר לעושה עוול ליהנות מפרי עוולתו, וזאת אף בהעדר כל הוראה בנדון בחוק הצוואות הרלבנטיות. ראה: *Riggs v. Palmer* (1889), 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188. בית המשפט הניו-יורקי ציין, בין השאר, כי: "It is quite true that statutes regulating the making... of wills... if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer... [but] all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime". *Id.* at 509, 511, 22 N.E. at 189, 190. ראה גם: Hart & Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* 75-110 (Tent. Ed., 1958).

13 לדוגמה: מקרה בו פוסל בית המשפט סעיף פטור בחוזה הובלה מטעמי "תקנת הציבור". "תקנת הציבור", בהקשר זה, נובעת משקילה ואיזון אהדי של קיי-מדיניות או עקרונות שונים, כגון: המדיניות החותרת לביצור מעמדו של צד לחוזה שכוח המיקוח שלו נחות מול עקרון חופש ההתקשרות בחוזים. ראה: ע"א 461/62 צ"ב הברת השיפוט הישראלית בע"מ ואח' נ. מוזאר, י"ז פד"י, 1323. ההתייחסות לסטנדרטים כלליים, שאינם בגדר כלל ספציפי, עוברת כחוט השני בפסק דינו של השופט זילברג. כך, למשל, בעמ' 1327 הוא מדגיש כי: "...הרעיון... נגד סעיף-פטור בלתי סבירים... הוא רעיון מוסרי כללי...". בעמ' 1329 הוא מעלה על גס

לעצב כלל משפטי ספציפי חדש, לפלס לו דרך לרבדים עמוקים יותר של השיטה המשפטית ולהטען על סטנדרדים כלליים, רחבים וראשוניים יותר. סטנדרדים אלו עשויים להקנות תקפות לכלל החדש בתוקף היותם, הם עצמם, סטנדרדים שתקפותם נקבעת על-ידי מוסדות המשפט הפורמליים או סטנדרדים שנתקבלו על-ידי החברה כחלק מאורח החיים שלה, הגם טרם הוכרו באופן פורמלי וקונקרטי על-ידי מוסדות אלו.¹⁴

סטנדרדים מהסוג של עקרונות וקוי-מדיניות, שלא ככללים ספציפיים, אינם ניתנים ליישום מיכני במקרים קונקרטיים. אין הם מתיימרים או מיועדים לספק אוטומטית פתרון חד וחלק לבעיה נתונה. שאלת תחולתם לעולם איננה בבחינת "הכל או לא כלום". בדרך כלל מבטאים הם מטרות חברתיות (לרבות פוליטיות וכלכליות) רחבות או נורמות בסיסיות של צדק, הגינות ומוסר. בתור שכאלה מצריך יישומם במקרה קונקרטי שיקול (judgment). במסגרת שיקול כזה ייבחנו נפקותו ומשקלו של סטנדרד זה או אחר בנסיבות הענין. יכול סטנדרדים שונים, ואף סותרים, יתגלו כרלבנטיים בנידון. במקרה כזה יצטרך השופט לשקול אהדדי את ערכם וחשיבותם היחסיים בנסיבות, לנסות לאזנם או לאמץ את חלקם ולדחות את יתרם. במלה אחת: עקרונות וקוי-מדיניות משפטיים הם סטנדרדים שעל השופט להתחשב בהם, אם הם רלבנטיים לענין, במתן החלטתו. כאמור, אין הם — כשלעצמם ומתוכם — בני תחולה אוטומטית, מיכנית. אך תכונתם זו אינה פוגמת בזהותם כסטנדרדים משפטיים, מחייבים, נורמטיביים. אילמלא היו כאלה היתה ההיזקקות להם בהקשרים שיפטיים הופכת לענין של השקפה אישית או נטיה סובייקטיבית של שופט פלוני או אלמוני ללא כל מכנה-משותף נורמטיבי.

קיצורו של דבר: השאלה אם קיים בנסיבות חיוב משפטי היא שוות-ערך לשאלה אם יש בנמצא כלל משפטי בר תחולה או אם ראוי לעצב כלל כזה לאור מכלול סטנדרדים רלבנטיים. במקרים בעיתיים יצטרך השופט להתמודד עם שיקולים ונימוקים שונים ואף נוגדים בדרכו לפתרון השאלה. עיקר תפקידו כאן יהיה למיין שיקולים ונימוקים אלה מבחינת תקפותם, הרלבנטיות שלהם ומשקלם בנסיבות. תשובה חיובית לשאלה פירושה, במקרים כאלו, שאחר ככלות הכל נראתה לשופט הטענה בזכות קיומו של חיוב משפטי בנדון מהטענה הכופרת בכך.¹⁵

את "חרדתם היותר גדולה של שופטי אמריקה לחייו ולבטחוננו של האזרח" ואת "סלידתם הנפשית היותר עמוקה מן התופעה הסוציאלית של רמיסת האדם הקטן בגלגלי החברות הגדולות"; בעמ' 1331 הוא מגייס לעזרתו את הרעיון ה"מיוסד על מעמדם היותר חזק של החברות העוסקות בהובלה כללית, לעומת מעמדם של אנשים הגאלצים לשאת-זולתת עמדם"; בעמ' 1332 הוא מציין כי "הנימה העוברת כחוט השני דרך כל פסקי-הדין הנ"ל היא הצורך החיוני לחברה בשמירת חיי אדם ובריאותו"; באותו עמוד הוא מצהיר מפורשות כי "...על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל"סדר" ול"תקינות" אין!"; ובעמ' 1333 הוא קובע כי: "קדושת החוים, או קדושת העקרון של חירות החוים, כבודה במקומו כוננת, אבל מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים...."

14 השווה: המושגים של "validity" ו"acceptance" במשנתו הוירסיפרודנטלית של H.L.A. Hart כפי שבאו לידי ביטוי בספרו (1961) *The Concept of Law*.
15 למותר לציין שהבא לבקר את החלטתו של השופט עשוי להגיע, בסופו של תהליך דומה, למסקנה הפוכה.

לאור האמור עד כאן, האם ראוי להגדיר את תהליכי החשיבה וההנמקה של שופטים במקרי-גבול או במצבים-חדשים כ"שיקול דעת"? כדי להשיב על שאלה זו יש, קודם כל, לעמוד על המשמעות המיוחסת למונח זה בהקשר נורמטיבי כלשהו. באומרגו שלפלוני¹⁶ יש "שיקול דעת" בהחליטו בענין מסויים עשויים אנו להתכוון לפחות לאחד משלושה דברים: א. שהסטנדרדים לפיהם חייב פלוני להחליט אינם ניתנים להחלה מיכנית בנדון ולכן אין בכוחם להכתיב, חד וחלק, את ההחלטה הנכונה; ב. שהחלטתו של פלוני, תהא אשר תהא, אינה ניתנת לערעור בשל היותו סמכות עליונה או סופית בהירארכיה מוסדית מסויימת; ג. שלענין ההחלטה גופה פטור פלוני מעולם של סטנדרדים כלשהם (אף אם ניתן לבקר את החלטתו על סמך אמות-מידה בסיסיות של סבירות והגינות)¹⁷. השימוש במונח "שיקול דעת" במובן של סופיות ההחלטה (המובן השני) אינו מעניינו כאן ולכן לא נדון בו. "שיקול דעת" במובן של פטור מעולם של סטנדרדים מחייבים לגופו של ענין (המובן השלישי) קיים כאשר, למשל, ההוראות החלות על פקיד במשרד המסחר והתעשייה מסמיכות אותו להעניק רשיון יבוא לאחד מכל עשרה מבקשים, ללא כל הנחיה נוספת¹⁸. המקרה בו מסמיכות ההוראות את הפקיד להעניק את הרשיון המבוקש ליעיל ביותר מבין כל עשרה מועמדים הוא דוגמה ל"שיקול דעת" במובן של החלטה שאיננה מוכתבת אוטומטית על-ידי כלל בר תחולה מיכנית (המובן הראשון). הקריטריון לפיו צריך הפקיד להחליט בנדון אינו חד-משמעי ואולי סתום. אפשר להעלות על הדעת קני-מידה שונים, ואף נוגדים, ליעילות. ייתכן ויכות באשר לזהותו של המקור המוסדי הפורמלי, אם בכלל קיים כזה, לקני-מידה אלו. בחירת היעיל ביותר בין המבקשים עשויה להיות קשה. החלטתו של הפקיד בנדון עלולה לעורר מחלוקת. בכל מקרה, ההחלטה מצריכה שיקול באשר הסטנדרד הרלבנטי אינו ניתן ליישום אוטומטי ואינו מספק מניה וביה את התשובה הנכונה. אולם, והיא הנותנת, לעולם חייב הפקיד לנסות לרדת לפשרה של הוראה זו וליישמה כמיטב הבנתו ויכולתו. בעוד שבמקרה בו הוסמך הפקיד להעניק את הרשיון למבקש כלשהו אין הבחירה נוספת-כפופה לסטנדרד כלשהו ואין כלל לדבר על החלטה "נכונה" או "מוטעית". הרי אם נדרש הפקיד להעניקו למבקש היעיל ביותר החלטתו תהיה, בהכרח, נכונה או מוטעית. לאור הסטנדרד ("היעיל ביותר") החל לגביה – יהיה סטנדרד זה מורכב וקולט-ביסואלי ככל שיהיה. לשון אחר: למבקש היעיל ביותר יש זכות, מכוח הסטנדרד המחייב, לקבלת הרשיון ועל הפקיד, במקביל, מוטלת החובה לתיתו לו. החלטה שתעניק את הרשיון למישהו אחר זולתו תגרום לו עוול ותהיה מוטעית¹⁹.

טבעם של מקרי-גבול ומצבים-חדשים הוא שאין באמתחתו של השופט כלל משפטי

16 "פלוני" לרבות: שופט בית המשפט העליון, מפקיכתה בצבא, פקיד במשרד המסחר והתעשייה או שופט כדורגל.

17 ראה: Dworkin, שם, בעמ' 32–34.

18 כאמור, גם מי שנהנה מ"שיקול דעת" במובנו זה צפוי עדיין לביקורת, או לסנקציה, אם פעל בניגוד לעקרונות יסודיים של סבירות והגינות.

19 לעומת זאת, במקרה בו הוסמך הפקיד להעניק את הרשיון למבקש כלשהו אין אף לא לאחד מעשרת המועמדים טענת זכות לקבלתו וממילא לא יוכל אף אחד מאלו שבקשתם נדחתה להתלונן על שלא קיבל את המגיע לו. וזאת אף אם אפשר יהיה לבקר את בחירתו של הפקיד כבלתי סבירה או כבלתי הוגנת.

ספציפי הגזור בדיוק לפי מידתם (שכן אחרת לא היו בגדר מקרי-גבול או מצבים חדשים). מלאכתו הופכת, בהכרח, קשה ומורכבת יותר²⁰. שומה עליו, בטרם יגיע לכלל החלטה, לבחון אלו סטנדרדים צריכים לענין, לשקלם, לאזנם וליישמם בנדון. בגדר שיקול כזה עשוי השופט לפרש מחדש כלל משפטי קיים (חיקוק או הלכה שיפוטית). לשנותו, לבטלו או לעצב כלל משפטי חדש. אך משגה הוא לתאר את הליכי השיבתו והנמקתו של השופט במקרים כאלו כ"שיקול דעת" כמובנו השלישי האמור. לעולם אין השופט פטור מעולם של סטנדרדים הרלבנטיים לגופה של החלטתו, אלא שבמקרים קשים עשויים אלה להיות סטנדרדים כלליים ומורכבים שהטיפול הנאות בהם מחייב תיחכום (סופיסטיקציה) שיפוטי²¹.

"שיקול דעת" שיפוטי במקרי-גבול? אומנם כן, אך רק כמובנו הראשון של המונח. לאמור: רק במסגרתם של סטנדרדים משפטיים רלבנטיים ולא מחוצה להם.

20 ראה דברי השופט זילברג בפרשת צים חברת השיש הישראלית בע"מ ואח' נ. מזיאר, שם, בעמ' 1333: "לא ייקל, כמובן, ליטול את הרעיונות הנשגבים ההם, וליצוק מהם מטבעות של משפט ממש. אבל כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה המשפטית היא שאלה של השקפת עולם... מותר לנו וחייבים אנו לשאוב דווקא מן המקורות הקדומים הנ"ל..."

21 דיון בדרכי איחורם ויישומם הקונקרטי של הסטנדרדים הכלליים – בעיקר, כאמור, עקרונות וקוי-מדיניות – הצריכים לענין במקרים כאלו חורג מגבוליה של רשימה זו. שופט הנקרא לבצע מעשה-מרכבה כזה ישאב ממקורות ה"logic, and history, and custom, and utility, and the accepted standards of right conduct..." Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), 112

Roscoe Pound מציין, שם, בעמ' 70, כי: "...the trained intuition and disciplined judgment of the judge must be our assurance that causes will be decided on principles... and not according to the chance dictates of caprice..." ראה גם את דברי השופט לנדוי בבג"צ 58/68 שליט נ. שר הפנים ואח', בדבר "השקפות הציבור הנאור" כמקור לסטנדרדים שיפוטיים.